

特別養子制度の実務の現状と展望  
——要保護性・縁組の必要性の解釈を中心として——

高橋 敏

目次

一 はじめに

二 特別養子制度の概観

(一) 特別養子制度創設の経緯

(二) 特別養子制度創設の背景

(三) 特別養子制度の意義と特色

三 特別養子縁組の実態

(一) 家庭裁判所における特別養子縁組事件の処理状況

(二) 特別養子縁組の審判例・決定例

四 要保護性・縁組の必要性（民法八一七条の七）をめぐる諸問題

(一) 民法八一七条の七の基本的構造

(二) 普通養子の特別養子への転換

(三) 連れ子特別養子

五 むすび

特別養子制度の実務の現状と展望(高橋)

## 一 はじめに

養子縁組において、専ら子の利益を図ることを目的として、成立様式につき「国家宣言型」を採用し、その縁組成立によって実方血族との法的親族関係が終了する効果を生じる特別養子制度が創設され（昭和六二年法律第一〇一号として九月二六日公布）、昭和六三年一月一日に施行されて一年余りが経過した。わが国養子法の歴史において、全く新しい形の、極めて画期的意義をもつ、この特別養子制度が現実にかに利用・運用されるかが関心をもたれてきたが、ここにきて、部分的ではあるが家庭裁判所を通じた制度運用の実態を知る統計資料<sup>(1)</sup>、および若干の審判例・決定例が公表されている<sup>(2)</sup>。

そこで、これらを資料として、立法初期のこの時期において、立法の過程において示された制度趣旨、そこでの議論を参考としつつ<sup>(3)</sup>、特別養子制度の、特に民法八一七条の七にもられている特別養子縁組成立の必要性、および「要保護性」要件をめぐる解釈論的考察をおきたいというのが、本稿の目的である（具体的には、この要保護性要件の解釈をめぐる、連れ子特別養子、普通養子の特別養子への転換が問題とされている）。この問題の実務的運用の如何が、実質的意味で、わが国養子法における特別養子制度の性格、位置付けを左右することになると解するからである。

以下、創設された特別養子制度を簡単に概観（二）した後、今日までに公表されている家庭裁判所における特別養子縁組事件の受理・処理状況（三）（一）をみ、その審判例・決定例を分析し（三）（二）、そこで特に問題とされている民法八一七条の七に定める「要保護性」・「縁組の必要性」要件をめぐる若干の解釈論的考察（四）を試みてみたい。

註（一） 「昭和六三年一〜六月分家事特別養子縁組事件の集計結果速報」裁判所時報九九〇号（昭六三・一一・一五）、木村要「特別養子」法セミ四一〇号四八頁、座談会「特別養子制度を巡って」ケース研究二二五号四三頁参照。

（二） 特別養子制度創設後今日までこれに関する審判例・決定例は、家庭裁判所月報（四〇巻七号以降）に公表された一七例（うち四例が即時抗告に対する決定例）がある。本稿では涉外事件である二例を除く一五例を対象とする。

（三） 改正法案公表の段階および改正法の成立後に、立法に関与された先覚の多くの解説、論評がなされているが、特に立法の経緯、立法過程について詳論する文献を挙げておく。「民法等の一部を改正する法律案、国会審議はじまる」戸籍時報三五〇号四頁以下、「第一〇九回国会参議院法務委員会会議録（昭和六二年九月三日）」、石川稔「改正養子法（案）の解説（上・下）」法学教室八一号八四頁、同八二号九二頁、中川高男・小野幸二「新設される特別養子制度の問題点を語る（上・下）」戸籍五二二号一五頁、同五二三号一〇頁、細川清「養子法の改正」ジュリスト八九四号四四頁、同「養子法の改正——民法及び家事審判法の改正の解説」家裁月報三九卷一一号一頁、米倉明「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか（上・中・下）」ジュリスト八九四号五四頁、八九五号八六頁、八九六号九〇頁、土屋文昭「養子法の改正について」判例タイムズ六四八号一頁、國府剛「養子法の改正について」法学論集（関西大）三七巻五・六合併号二一七頁、滝沢隼代「改正養子法の展望」成城法学二七号一二五頁参照。

## 二 特別養子制度の概観

## （一） 特別養子制度創設の経緯

特別養子制度の創設は、法制審議会においても繰返し問題とされ、永年の審議に基づいて実現されたもので、わが国養子法史上、画期的意義を有するものである。

明治民法においても、養子制度は不幸な子を救済する機能も有していたものの、基本的には家の維持のための制度  
特別養子制度の実務の現状と展望（高橋）

として存立していた。戦後の民法改正に際して、未成年養子縁組につき、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合を除いては、家庭裁判所の許可を要する旨の規定を置いて（民七九八条）、「子のための養子法」実現への一步を踏み出したものの、消極的意味での後見的介入にとどまり、子の福祉を積極的に実現しようとする養子制度にはなっていないかった。

その後も、法制審議会において、子のための養子制度の充実に向けて養子法の全面的検討がなされてきた。まず、昭和二九年の法務大臣からなされた諮問を受けてなされた民法の全般的見直しにおいても養子法の検討がなされ、通常の養子のほか、「特別養子」の制度の創設の可否についても取り上げられたが、実親との断絶効果や戸籍上の取扱いについての反対論も強く、意見の一致を見ることができず、留保事項として公表されたにとどまった。<sup>(4)</sup>さらには、昭和三七年から三九年にかけて、身分法小委員会では養子制度の問題点を煮詰め、集中的に審議されたが、その際も主要な問題点についての意見対立は深く、容易に一致点を見出し成案を得るに至らず、作業は中断され、改正は見送りとなった。<sup>(5)</sup>

そして、今回結実した改正法の作業は、昭和五七年七月の民法部会において再び養子法の改正を検討する旨の決定に基づき、身分法小委員会で審議が開始されたものである。昭和六〇年一月に、それまでの審議の結果に基づき、民事局参事官室名義で「養子制度の改正に関する中間試案」を公表し、学会、法曹会、社会福祉関係団体、戸籍協議会等に意見を求めた。中間試案に対しては、合計三九の団体・個人の意見書が寄せられ、その圧倒的多数が試案の示す改正の基本方針に賛成するものであったことから、<sup>(6)</sup>これらの意見を踏まえつつ、さらに審議の上、昭和六二年一月二七日に民法部会において「民法の一部を改正する法律案要綱案」<sup>(7)</sup>が決定され、同年二月二六日の法制審議会総会の

決定を経て、法務大臣に答申された。法務省は、この答申を受けて立法作業をなし、「民法等の一部を改正する法律案」として、同年三月二六日、内閣から第一〇八国会に提出されたが、その会期では審議されなのまま継続審議とされ、第一〇九国会（臨時）において、衆参両議院本会議でもいずれも全会一致で可決され、同年九年二六日公布され、翌六三年一月一日から施行されたのである。

## (二) 特別養子制度創設の背景

また、後述するように、この特別養子制度は専ら子の利益を図るための縁組であり、その目的に沿って縁組要件を限定し、養子関係を唯一の親子関係として、かつその安定に資するために実方親族関係との断絶効果を生じさせるものであるが、従来の養子制度のほかにこうした養子縁組の創設に至らしめたことは、わが国におけるその社会的必要性、社会的な背景を問題とさせる。

わが国において、こうした特別養子制度を受け入れ、定着させるだけの社会的素地があるかどうか。今回の特別養子制度の近代的意味における理念と直接結びつくものとはどういえるものではないとしても、これと類似の貰い子慣行の存在が指摘されてきた。<sup>(8)</sup>

一つは、江戸時代に見られた養子慣行で、養子縁組によって実親との親族関係が断絶することを内容とする「一生不通養子」の慣行である。もともと、実親との断絶効果が生ずる点で特別養子に形態的には類似するものの、一生不通子の多くは身売りの養子契約で、一種の人身売買であったと言われている。<sup>(9)</sup>したがって、制度の趣旨を全く異にするものではある。

また、「藁の上からの養子」の社会的慣行、およびそれをめぐる法的対応である。生れて間もない他人の子を実子



同様に家庭にとり込み、その際戸籍上も嫡出子として出生届をなすことによって名実ともに実親子関係を形成する慣行である。戸籍制度が完備して後は、この出生届は虚偽的性格を帯有するものとなるが、その虚偽性が他人から法的問題として提起されない限り、社会的にも実子として通用し、そのまま一生を終えることが少なくなかった。しかし、この虚偽の嫡出子出生届という法形式は、一旦法的な問題として顕在化した場合（親子関係不存在確認の訴）には、事実の次元でいかなる親子関係の実体が存在していたとしても、嫡出子出生届として無効であることはもちろん、養子縁組届としての効力も認められないのが一貫した判例である。<sup>(10)</sup> 学説は、事実上の養子の保護の観点から無効身分行為の転換の理論によって虚偽の嫡出子出生届に養子縁組の効果を認めるべきであるとする積極説が多く、判例を支持する消極説と対立している。<sup>(11)</sup>

こうした「藁の上からの養子」慣行は子の地位を不安定な状態に置くもので、虚偽の嫡出子出生届も多くの弊害をもたらしたことは周知のとおりであるが、何よりも縁組事実を対外的に隠し実子とし結びつきたいという当事者の潜在的な意識、あるいは顕在化した要望の存在を認めなければならぬし、そうした子の地位を安定させるための法的裏付けが模索されてきたものと言える。<sup>(12)</sup>

また、特別養子制度創設の背景を論ずる際に挙げなければならないのは、昭和四八年に起った菊田昇医師による養子斡旋事件である。産婦人科医師菊田氏が望まぬ子を妊娠した女性の中絶を説得し、その一〇〇人余りの新生児を他人の実子として斡旋してきた事件である。同氏は妊娠中絶を希望する女性を翻意させ、子捨て、子殺しを防止するには、新生児を貰ってくれる人の実子として斡旋するしかなかったと主張し、こうした嬰兒殺をなくすためには「出産（縁組）を隠す」ことができる「実子特例法」の必要性を主張した。<sup>(13)</sup> この主張に対しては、中川高男教授が「特別養

子法（実子特例法）私案」を発表し、<sup>(14)</sup> その理論上の支授もみられたが、この「実子特例法」構想が、母親の出産事実を戸籍上隠蔽することを柱とするものであったため、戸籍制度の真实性の確保および近親婚防止の観点からの反対が強く、国会においても「実子特例法」の制定については消極的見解が法務省から表明されていた。<sup>(15)</sup>

特別養子制度の創設の背景を論ずるにおいて、この事件それ自体が医師法違反や刑法上の犯罪としての側面をもちわせ持つために、その事実・主張を肯定的・積極的に評価することがためられる事情もあつてか、特に強調するものが必ずしも多くはない。<sup>(16)</sup> しかし、一時中断していた養子法の改正問題を再度社会的にも喚起し、妊娠中絶・嬰兒殺の防止という視点から戸籍上に縁組の事実を隠すことの必要性ないし潜在的願望が否定し難く存在している現実を指摘し、出産事実を隠し子と断絶したいという実親側の要望の存在をクロースアップさせ、法技術的には特別養子制度の実親との断絶効果を示唆する結果をもたらしたことは注目されなければならない。<sup>(17)</sup>

さらに、立法にあたって大きな影響を与えたものは、欧米諸国の養子法の理念と法技術である。特別養子制度と同様の制度は、一九世紀中葉にアメリカにおいて開拓され、二度にわたる世界大戦による戦災孤児の救済と増加しつつあった非嫡出子の保護のために、各国ともに子の福祉に重点を置いた法改正に努力し、広く欧州諸国で採用され、一九六七年の欧州評議会でのヨーロッパ養子協定の採択を経て更に拡大し、現在では、小異を残しながらも、欧米諸国における未成年者養子制度の原則的形態となっている。<sup>(18)</sup> もちろん、家族生活のあり方と密接に関連する養子制度は、その国の伝統、風俗、宗教などの固有な制約を伴うところから、外国制度の安易な導入には親しまない問題ではあるが、特別養子制度がこれら広い諸国において、ほぼ完成された形で立法化され、有効な機能を果たしてきた事実は、今回のわが国の立法過程においても多大な影響を与えている。さらにまた、従来の養子制度の全面的改廃のもとに導入

するものでなく、従来からの普通養子制度に併存させる形での特別養子制度であったことが外国身分制度でありながらも導入をスムーズにさせた要因でもあろう。

### (三) 特別養子制度の意義と特色

従来の養子制度では、養親となる者は成年に達しており、かつ養子より年長であればよく、養子となる者の年齢には制限なく（未成年のみならず成年をも対象とする）、縁組は原則として当事者間の合意（契約型縁組）と縁組届出によって成立する。未成年者を養子となる場合（自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合を除く）には、家庭裁判所の許可を必要とするが、養子となる者にとって福祉を害する縁組でないかをチェックする消極的介入にすぎない。養子は、縁組成立によって養親の嫡出子たる地位を取得するが、実方との親族関係もまた存続する。制度目的についても明文規定がなく、その成立要件も極めて緩やかであるため、幅広く多様な目的のために利用することが可能で、現実にも、幼小児童の養育を目的とする縁組のほか、家業・家名を承継させる成年養子、老後扶養を目的とする縁組または配偶者の連れ子養子など極めて多様な目的に利用されている。<sup>(20)</sup>

これに対し、特別養子制度は、専ら若年未成年養子の福祉を図るための養子制度としての性格を鮮明にし、実親による適切な監護養育が期待できない子について、新たに適切な親を与え、これを唯一の親として安定した親子関係を形成しようとするものである。そうした意味において、特別養子制度は従来の親族法上の制度に止まらず、広義の社会福祉制度とも密接な関係をもちつつ、その趣旨・目的に沿った、概ね次のような特色をもっている。

(1) 成立要件 ①養子となる者は、原則として縁組請求時に六歳未満の者に限定されている。但し、六歳に達する前から養親となる者によって監護養育を受けていた者は、八歳未満まで認められる（民法八一七条の五）。この年

齢制限は、特別養子制度が実の親子関係同様の親子関係の形成が期待されること、子の地位が早期に安定することが望ましいこと、就学し分別のある子については実親子関係の断絶が適当でない場合も考えられることなどによって<sup>(21)</sup>られている。

②養親となる者は、夫婦の一方が他方配偶者の嫡出子の養親となる場合を除き、夫婦が共同で養親とならなければならない（八一七条の三）、原則として二五歳以上でなければならない。但し、養親夫婦の一方が二五歳以上であるときは、他方は二〇歳以上である（八一七条の四）。

③養子縁組においては、特別養子となる者の父母の同意を必要とする。但し、父母が意思表示できない場合、または父母による虐待・悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由ある場合はこの限りでない（八一七条の六）。この同意権者は、「父・母」であり、親権、監護権を有するか否かを問わないが、未認知の非嫡出子の父は含まれないと解される。

(2) 縁組の方式と判断基準 ③特別養子縁組は、契約型の普通養子縁組と異なり、養親となる者からの請求により、家庭裁判所の審判によって成立する（国家宣言型養子縁組、八一七条の二）。④家庭裁判所は、父母による養子となる者の監護が著しく困難または不相当であること、その他特別の事情がある場合に於いて、子の利益のため特に必要があると認めるときに縁組の審判をなす（八一七条の七）。⑤その審判に当たっては、養親となる者が養子となる者を六ヶ月以上の期間監護した状況を考慮するものとしている（八一七条の八）。この「要保護性」要件の規定は、特別養子制度の趣旨・目的を明らかにしたものであり、縁組成立の手續についても、子の福祉の確保という観点から、家庭裁判所の積極的な後見的機能を期待するものとなっている。<sup>(22)</sup>



(3) 縁組の効果 ①特別養子は、縁組の日から養親の嫡出子たる身分を取得することは普通養子と同様であるが(八〇九条)、他方、縁組によって実方の父母およびその血族との法律上の親族関係が婚姻障害を除き、終了する(八一七条の九)。特別養子縁組をして、「実方の血族との親族関係が終了する縁組」と定義していることから(八一七条の二)、この断絶効果が本制度の核心的要素であることが明らかである。特別養子縁組がこうした効果を生ずるものであるために、前述した特別に厳格な要件を定めるとともに(八一七条の三・八)、家庭裁判所の審判によって成立するという特別方式を採用されたものである(八一七条の二)。この点については、養親子関係を法的にも唯一の親子関係とすることによって、実親からの不当な干渉を排して、養子の法的安定を確保するとともに、養親の地位を安定させることによって養子の利益をも図るためとされている。<sup>(23)</sup>

(4) 離縁の制限 ④離縁は原則として許されず、家庭裁判所は、養親による虐待・悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があり、かつ、実父母が相当の監護をすることができるといふ二重の要件を満足しつつ、養子の利益のため特に必要があると認めるときに限り、養子・実父母または検察官の請求により、離縁させることができるとしている(八一七条の一〇)。したがって、協議離縁や通常裁判所による裁判離縁もなく、養親からの離縁請求も認められない。また、実父母の監護を要件としていることから、養子が成年となった後の離縁は、許されないと解されている。<sup>(24)</sup>

(5) 養子の戸籍記載の特例 ①特別養子の戸籍記載については特例が認められている。特別養子縁組の審判に基づいて届出がなされると、まず養子について単独の新戸籍を編製し(戸籍法二〇条の三I本文)、養子は従前の実父母の戸籍から除籍され(戸籍法二三条)、ついで養子をその新戸籍から養親の戸籍に入籍させる(戸籍法一八条Ⅲ)。

その際、父母欄には養親のみが記載され、続柄欄についても実子の場合と同様に長男・長女などの記載となる。ただ、身分事項欄に「(年月日)民法八一七条の二による裁判確定」との記載がなされ、間接的ながら特別養子であることを知る手がかりが残される。これら戸籍上の処理は、特別養子たることが戸籍から容易に判明することを防ぎつつ、近親婚の防止、養子のルーツ探しの要請など、必要に応じて養子と実親の戸籍の連絡がつくよう配慮されたものであり、養親子間の心理的安定の確立と第三者からの不当な介入を防止するためとされている。<sup>(25)</sup>

註(4) 法制審議会民法部会身分法小委員会における親族編の仮決定及び留保事項(その二)——昭和三四年六月二十九日・三〇日報告「第二七(特別養子) 通常の養子のほかに、おおむね次のような内容の『特別養子』の制度を設けることの可否について、なお検討する。(イ)特別養子となるべき者は一定の年齢に達しない幼児に限る。(ロ)特別養子はすべての関係において養親の実子として取扱うものとし、戸籍上も実子として記載する。(ハ)養親の側からの離縁を認めない。」ジュリスト一八五号四九頁参照。なお、詳細は我妻栄ほか「親族法の改正(二)」法律時報三一巻一一号七三頁、國府剛「近代養子法の動向に関する一考察(三)」神戸女学院大学論集一三巻三号二五頁参照。

(5) 永井紀昭「養子制度の改正に関する中間試案について(出)」民事月報四一巻一号九頁参照。

(6) 中間試案および説明の本文は、ジュリスト八五四号一一五頁、八五五号九七頁、八五六号七四頁。中間試案に対して寄せられた各界の意見については、「養子制度の改正に関する中間試案に対する意見集」(法務省民事局参事官室・昭和六一年五月)にまとめられている。筆者も関与して提出した国士館大学法学部意見については、高橋敏「資料『養子制度改正に関する中間試案』について」比較法制研究一〇号九七頁参照。なお、土屋文昭「養子制度の改正に関する中間試案に対する各界意見の概要」戸籍五一〇号一頁参照。

(7) 「民法の一部を改正する法律案要綱案」については、ジュリスト八七九号一三五頁に掲載。中川高男「養子法制の新展開——民法の一部を改正する法律案要綱案を読む」法学セミナー三八九号一四頁参照。

特別養子制度の実務の現状と展望(高橋)

- (8) 大森政輔「特別養子」(川井他編『民法コンメンタール』三〇五三頁)、中川高男『第二の自然——特別養子の光芒』二二頁参照。
- (9) 石井良助「一生不通養子」国家六四卷二・三号一頁、中川高男・前掲書二三頁参照。
- (10) 最判昭和二五・一二・二八民集四卷一三号七〇一頁、最判昭和五〇・四・八民集二九卷四号四〇一頁など。山本正憲「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」家族法判例百選〈第三版〉一一六頁参照。
- (11) 虚偽の嫡出子出生届と養子縁組については多くの文献があり、詳論は避けるが、積極説として、我妻栄「無効な縁組届の追認と転換」法協雑誌七一巻一号二五頁、山島正男「養親子関係の成立及び効力」総合判例研究叢書民法(四)一五二頁、泉久雄「実子として届出た縁組と養親子関係の成否」ジュリスト五九一号五五頁、山本・前掲判批一一六頁など、消極説として、久貴貴彦「虚偽の嫡出子出生届と養子縁組の成否」民商七四巻一号一六頁、深谷松男「身分行為に関する二・三の考察」金沢法学一九巻一・二合併号七七頁など参照。
- (12) 滝沢聿代教授は、今回の立法過程の議論においては、特別養子制度が「藁の上からの養子」の慣行に見られる当事者の意識、養子保護に向けられた積極的学説の成果の受け皿としては必ずしも捉えられていないが、養子の保護のために必要な配慮をなすという意味において、これらの事実は本質的に特別養子制度の創設と同一線上にあり、この度の立法の一つの出発点であったはずであるし、またそうみるべきであるとされる(滝沢・前掲論文一三〇頁)。また、中川高男教授もまた、この虚偽の嫡出子出生届の慣行につき、ただ無効とし続けるだけではなく、むしろ特別養子制度を採用して、弊害を最少限に食い止める努力をした方が得策ではなからうかと言われていた(中川・前掲書三一頁)。
- (13) 菊田医師によって、昭和四八年に主張された「実子特例法」の骨子は、①実母の戸籍上の特別措置(二重戸籍制)を認めること、②実親子関係の継絶を認めること、③養子は戸籍上実子として扱うことにある(菊田昇「実子特例法の提唱と嬰兒殺の防止」ジュリスト六七八号一三〇頁、同「特別養子制度の積み残した課題」ジュリスト八九四号六二頁参照)。
- (14) 中川高男教授によって提唱された私案は、おおよそ、①対象養子は一五未満であること②戸籍上実子と記載し、すべてにおいて実子と同等に扱うこと、③養子は実方親族とは婚姻障害を除いて断絶すること、④養子に対する認知請求、親子関係存在および不存在確認の訴を認めない、⑤養親側からの離縁請求は認めないが、家庭裁判所は子のために不利益な事情あるときは審判により廃棄することができる、⑥養親となる者は婚姻後五年以上経過した夫婦で、原則として実子のないこと、⑦新戸籍編製時に子の名を変更できること、⑧縁組は家庭裁判所の許可を必要とし、子の利益となる場合にのみこれを許可する、⑨出生・縁組の記録は半永久的に保存し、原則的に非公開とするが、養親および成年に達した後の養子の申立てがあるときは家庭裁判所の許可を得て閲覧できるものとするものであった(中川「特別養子法(実子特例法)私案」時の法令八四六号一三頁、同「実子特例法について」法の支配二六号四頁参照)。
- (15) 大森政輔「特別養子」(民法コンメンタール)三〇五六頁参照。
- (16) 立法過程においては、養子法の総体的な見直しという観点が強調され、菊田提言を直接に受け止めてその法制化を目指したのではないことが説明されている(大森・前掲書三〇五六頁、同「法制審議会民法部会身分法小委員会における養子制度の検討について」戸籍時報三〇四号一四頁参照)。
- (17) 滝沢・前掲論文一三一頁、中川・前掲書二〇三頁参照。
- (18) 立法過程において、これら欧米諸国の養子法の研究成果は極めて多い。永井・前掲論文民事月報四一巻一号一七頁、加藤一郎「養子制度の改正問題と外国法」ジュリスト七八二号一四頁のほか、三木妙子「イギリスの養子制度」ジュリスト七八二号一六頁、川井健「西ドイツの養子法(上)(下)」ジュリスト七八二号二三頁、同七八三号四八頁、稲本洋之助「フランスの養子制度」ジュリスト七八四号一〇頁、石川稔「アメリカの養子法」ジュリスト七八四号九七頁、松浦千登「イタリアの養子制度(上)(下)」ジュリスト七八二号三四頁、七八三号五五頁、菱木昭八朗「スウェーデンの養子法」ジュリスト七八二号四一頁、稲子宣子「ソ連・東欧の養子法」ジュリスト七八七号六二頁参照。
- (19) 滝沢・前掲論文一三三頁参照。
- (20) 従前の養子縁組の実態については、田中康久「我国における縁組の実態」戸籍四六四号一七頁、三浦正晴「我が国における養子縁組の実態」戸籍四六二号一五頁、平賀俊明「我が国の養子縁組の実態」法律のひろば三九巻二号四頁参照。
- (21) 細川清「養子法の改正」民事月報四二巻九号五五頁参照。
- (22) 従来からの未成年の普通養子についても、原則的に家庭裁判所の許可を必要とし、子の福祉を判断する仕組みとなっていたが(七九八条本文)、従来の実務では、子の福祉に反することが明らかな場合に不許可とする消極的チェック機能しか當んでおらず、特別養子については、単に子の福祉に反することがないというだけでは足りず、より積極的に子の福祉のために特に必要と認められる場合にはじめて認める旨を規定することによって、縁組成立に対する家庭裁判所の姿勢の転換が要請



されている(米倉明「特別養子制度——創設の必要性と意義について」ケース研究二二五号五頁)。

(23) 養子が成人した後に、その成育に関与しなかった実方父母などが扶養を請求したり、養親を相続した養子に対して相続権を主張したりすることは、何ら正当な理由なく、ましてや、養親による監護養育中に、実親たる地位において面接交渉を求めるとは、特別養子縁組の目的に反するものと言える(大森・前掲書三三九〇頁、細川・前掲論文六七頁参照)。

(24) 床谷文雄「特別養子・藁の上からの養子」(林・佐藤編『ハンドブック民法Ⅲ』)一五一頁、山本正憲「特別養子制度について——若干の解釈論」岡山商大論叢二四卷三号二二二頁。

(25) 床谷・前掲書一五〇頁参照。

### 三 特別養子縁組の実態

前述のように、画期的意義をもつ特別養子制度が施行されて一年余りが経過したなかで、現実にかに受け入れられ、運用されているかが興味持たれるところである。いまだ、部分的資料の域を出るものではないが、家庭裁判所における特別養子縁組事件の処理状況を知る統計資料<sup>(26)</sup>、および若干の審判例・決定例が公表されている。これらは、制度の運用がいまだ定着した姿をみるものではないが、そこでの問題点について考察しておきたい。

#### (一) 家庭裁判所における特別養子縁組事件の処理状況

特別養子縁組制度が施行された昭和六三年一月一日から同年六月末日までの半年間になされた申立事件数は、全国家庭裁判所で合計二、一八六件で、月別件数は表Ⅰ①の示す通りである。これは、新制度の施行時に一般的に見られる現象であり、特別養子縁組制度の施行を待っていた者が、施行と同時に申立てがなされてきたこと、特に、既に従来の普通養子縁組をしている者が、さらに特別養子縁組への転換を申立ててきたこと、また、制度の趣旨がいまだ周知徹底されていないことから成立要件(特に「要保護性」要件——八一七条の七)に該当しない事件の申立てが相

当程度あったことなどを示すものである。<sup>(27)</sup>

また、同期間に処理された事件件数は、総数六一〇件、うち認容されたもの一五一件(二四・七%)、却下四八件(七・九%)、取下げ四一一件(六一・四%)となっている(表Ⅰ②)。取下げが、六一・四%とかなりの数にのぼるが、その多くは従来の普通養子縁組になかった養子の年齢要件、さらには要保護性要件に該当しない申立てについて、家庭裁判所の説明によって取下げたものと考えられる。以下、表Ⅱないし表Ⅵは、この既済事件につき、縁組要素を加味して分析されたものである。

表Ⅱは、終局区分別にみた児童相談等の斡旋の有無を示すものである。特別養子縁組は、子の健全な育成という社会福祉的目的を有し、また適切な養親子の組合せを準備するという視点からも、申立て前に児童福祉についての専門的能力をもつ社会福祉機関の助言、斡旋を経ることが望ましいと言われ、中間試案の段階では、児童相談所の斡旋を前置する旨の案が出されていたが、改正法は社会福祉機関の事前関与を申立ての形式的要件とはしなかった。<sup>(28)</sup>しかし、そうした社会福祉機関の事前関与が望ましいことは前述の通りであり、児童相談所等の斡旋がある場合の認容率は極めて高い。また、これを欠いている申立ても多く、八〇%を超えることは、これも制度趣旨が周知されていないためと思われるが、今後の適切な斡旋の充実を期待される。家庭裁判所においても、必要な場合には関係機関に照会するなど(家事審判規則七条の五、八条)、十分な連携が図られていくことが必要であろう。

表Ⅲ、表Ⅳ、表Ⅴは、養親の養子となる者に対する関係、および養子の実親の状況との関係を示すものであるが、ここからは、再婚等の際し、一方配偶者の実子を他方配偶者の特別養子とする、いわゆる連れ子養子、さらに、既に普通養子となっている者についての同一当事者間における特別養子縁組への転換を求める申立類型が、多きにのぼる



表Ⅳ 養子の性および父母の生死別終局区分および嫡・非嫡別  
(昭和63年1～6月分——全家庭裁判所)

終局区分, 嫡・非嫡	総 数	父 母 の 生 死							養子の性	
		父 母 生 存				父 だけ 生存	母 だけ 生存	父 母 共 に 死 亡 (生 死 不 詳 又 は 無 し)	男	女
		総 数	婚 姻 中	離 婚	そ の 他					
総 数	610	468	321	126	21	18	94	30	294	316
嫡 出	397	368	242	126	—	15	11	3	197	200
非 嫡 出	213	100	79	—	21	3	83	27	97	116
認知有り	38	30	9	—	21	3	5	—	17	21
認知無し	175	70	70	—	—	—	78	27	80	95
認 容	151	79	68	7	4	6	41	25	66	85
嫡 出	40	34	27	7	—	5	—	1	16	24
非 嫡 出	111	45	41	—	4	1	41	24	50	61
認知有り	8	7	3	—	4	1	—	—	2	6
認知無し	103	38	38	—	—	—	41	24	48	55
却 下	48	41	30	9	2	1	4	2	20	28
嫡 出	37	35	26	9	—	1	—	1	16	21
非 嫡 出	11	6	4	—	2	—	4	1	4	7
認知有り	5	3	1	—	2	—	2	—	3	2
認知無し	6	3	3	—	—	—	2	1	1	5
そ の 他	411	348	223	110	15	11	49	3	208	203
嫡 出	320	299	189	110	—	9	11	1	165	155
非 嫡 出	91	49	34	—	15	2	38	2	43	48
認知有り	25	20	5	—	15	2	3	—	12	13
認知無し	66	29	29	—	—	—	35	2	31	35

※裁判所時報990号(昭63.11.15)より引用

表Ⅰ 特別養子縁組事件新受付件数および終局件数  
(昭和63年1～6月分——全家庭裁判所)

①	新受付件数計	1月	2月	3月	4月	5月	6月
	2,185	480	441	432	355	258	220
②	終局件数計	認 容	却 下	取 下 げ			
	610 (100%)	151 (24.7)	48 (7.9)	411 (61.4)			

※裁判所時報990号(昭63.11.15)、木村  
要「特別養子制度」法セミ410号49頁  
参照

表Ⅱ 終局区分別斡旋の有無  
(昭和63年1～6月分——全家庭裁判所)

斡 旋 の 有 無	総 数	認 容	却 下	取 下 げ
総 数	610	151	48	411
斡 旋 有	73	58	2	13
児童相談所	69	56	1	12
社会福祉法人 又は民法法人	4	2	1	1
斡 旋 無	537	93	46	398

※裁判所月報990号(昭63.11.15)参照

表Ⅲ 終局区分別養親の養子となる者に対する関係  
(昭和63年1～6月分——全家庭裁判所)

養子となる者に対する 関係	総 数	認 容	却 下	取 下 げ
総 数	610	151	48	411
伯叔父・伯叔母	54	1	10	43
兄 ・ 姉	1	—	—	1
その他の親族 (うち転縁組)	422 (272)	67 (62)	34 (22)	321 (188)
里 親	82	65	2	15
そ の 他	51	18	2	31

※裁判所時報990号(昭63.11.15)参照

表V 父母の生死別養親の養子となる者に対する関係  
(昭和63年1～6月分—全家庭裁判所)

養子となる者に 対する関係	父 母 の 生 死								
	総 数	存				父 だけ 生存	母 だけ 生存	死	
		父 総 数	母 婚 姻 中	生 離 婚	存 其 他			父 母 共 に 死 亡	生 死 不 詳 (又 は 無 し)
総 数	610	468	321	126	21	18	94	30	
伯父・伯母・叔父 ・叔母	54	46	37	9	—	3	4	1	
兄 ・ 姉	1	1	1	—	—	—	—	—	
その他の親族 (うち転縁組)	422 (272)	379 (269)	267 (266)	99 (3)	13 (—)	6 (2)	37 (1)	— (—)	
里 親	82	18	4	9	5	5	34	25	
そ の 他	51	24	12	9	3	4	19	4	

※裁判所時報990号(昭63.11.15)参照

表VI 終局区分別養子の年齢  
(昭和63年1～6月分—全家庭裁判所)

養子の年齢	総 数	認 容	却 下	取 下 げ	当 然 終 了
総 数	610	151	48	411	—
0 歳	26	1	3	22	—
1 歳	43	14	2	27	—
2 歳	58	26	3	29	—
3 歳	69	14	3	52	—
4 歳	83	22	3	58	—
5 歳	135	25	12	98	—
6 歳	89	20	6	63	—
7 歳	78	29	7	42	—
8 歳以上・不詳	29	—	9	20	—

※裁判所時報990号(昭63.11.15)より引用

ていることがうかがえる。<sup>(29)</sup> これらの問題は、特別養子縁組事件の処理上、困難な問題である八一七条の七に定める「要保護性」要件をめぐる解釈・運用の問題である。立法段階においても既に議論されていた点でもあり、今後の運用への影響も大きい。本稿においても、後に別項をたてて考察する。

表VIは、養子となる者の年齢を示すもので、八一七条の五の問題である。本来、同条但書の適用によって、例外的に対象となりうる六歳、七歳の子を養子とする縁組申立ても多く、認容率も高いのは、この制度の適用を望み、準備をなして改正法の成立を待ってなしたものが多くという、過渡的状況を示すものと思われる。

(二) 特別養子縁組の審判例・決定例

特別養子縁組制度の運用の実態は、前項にみた家庭裁判所における受理・処理状況の統計のほか、審判例・決定例にそのいったんを見ることができるといえる。<sup>(30)</sup> いまだ、公表されたその数が少なく、またその実務的解釈もいまだ定着したものとは言えないが、その範囲で紹介し、考察する。

公表されている事例の類型の多くは、改正養子法施行以前になされた普通養子縁組の特別養子縁組への転換(切り換え)を求める事件、さらに、これと重複するものが多いが、再婚に際して一方配偶者の実子と他方配偶者との特別養子縁組(「連れ子特別養子」)の類型が多い。この点は、前項の実態統計においても申立て件数が多いことが指摘されたが、家庭裁判所の実際の審判の場面においても、解釈上議論のある問題であることを示すものである。

これらの審判例をみる限りにおいては、審判の過程は、まず、民法八一七条の三ないし六および八の縁組成立の形式的要件の充足を確認したのち、最終的に同条の七、いわゆる「養保護性」要件を判断して結論づけている。本稿では、この「要保護性」要件をめぐる判断を中心に考察する。



(1) 養子となる者の年齢（民法八一七条の五）

【事例1】 広島家裁昭和六三年三月一二日審判・却下（家月四〇巻七号一九二頁）

養子となる者の年齢が縁組申立て時において既に八歳三ヶ月を超え、既になされている普通養子縁組の特別養子縁組への転換を申立てる事案であるが、「……養子となる者の年齢制限（申立て時において原則として六歳未満、例外的に八歳未満）を定めた民法八一七条の五の要件に合致していないことが明白である。そうするとその余の点を調査、判断するまでもなく、本件申立てはこれを不適法として却下せざるを得ない。」とした。さらに、「……特別養子となる者の年齢は原則として申立て時に六歳未満とされており、六歳に達する前から引き続き養親となる者（申立人）に監護されている場合には、関係者が特別養子縁組の決断をするのにお時日を要することがあるであろうから、例外的に二年間の猶予期間を設けて、申立て時に八歳未満であってもよいこととした法の趣旨からすると、更になおそれ以上の例外を認める訳にはゆかない」旨を明らかにした。

養子となる者の年齢制限については、立法論的議論はともかく、解釈論としては、規定の性格上、これ以上の裁判所の裁量の余地を認めるべきものではなく、当然である。

(2) 父母の同意（民法八一七条の六）

特別養子縁組には、養子となる者の父母の同意が必要である。ただし、父母がその意思を表示することができない場合、または父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由ある場合は同意を要しない旨を規定する（八一七条の六）。この点につき、棄児につき父母不明のため同意不要とした審判例（【事例2】）と、親権者たる父が同意するにもかかわらず、非親権者たる母が同意を拒み、かつ八一七条の六但書に該当する事由もな

いとして縁組申立てを却下した審判例（【事例3】）およびその即時抗告に対する決定例（【事例4】）がある。

【事例2】 札幌家裁昭和六三年三月一八日審判・認容（家月四〇巻七号一八七頁）

申立人らは、里親登録を経たうえ、生後六カ月になっていた棄児（病院に緊急入院した女性が出産後、無断出奔し、そのまま行方不明、父も不明）である事件本人を措置先の乳児院より引き取り、以来一年三カ月にわたって監護養育してきた事案につき、「このような状態に置かれている（事件本人）の利益のため、即ちその健全な育成と福祉の向上を図るためには、この際、同人の監護養育に必要な熱意と能力が十分であると認められる申立人らと（事件本人）との間に実親子関係と同様の強固な親子関係を設定することによって、同人に安定した家庭と身分を保障することとが特に必要であると判断され、これを防げるような事情は何一つ見出せない」として認容した。なお、「本件は（事件本人）の父母が不明の事案であるから、特別養子縁組の成立について父母の同意を要しない」旨を確認している。

【事例3】 大阪家裁昭和六三年六月一七日審判・却下（家月四一巻三号一六九頁）

本件事件本人（養子となる者―当時二歳）は既に昭和五九年五月日申立人夫婦と普通養子縁組をしているのであるが、特別養子制度の創設、施行がなされたことから、特別養子縁組への転換を求めたものである。事件本人の実父母は母が夫に内緒でサラ金業者から借金したことが原因で不仲となり協議離婚し、実父を親権者と定めた。その後、事件本人は実父の姉夫婦たる申立人らに引き取り監護養育され、普通養子とされて現在に至っている。実父は、叔父として時々事件本人と接触し、側面から成長を見守っており、本件特別養子縁組にも同意している。しかし、実母は、事件本人とは普通養子縁組の審判時に面接して以来没交渉であるが、子ども達を置いて家出し、離婚したものの、子ども達のこととは始終心にかけてきており、事件本人との親子関係を断絶する考えはなく、本件特別養子縁組には同意

しない意向を示している。「以上認定した事実によれば、……本件においては、特別養子縁組の成立要件の一つである、民法八一七条の六本文所定の養子となる者の父母の同意のうち、母の同意なく、しかも同人が同条の六但書に該当する事由がある場合と認めることはできない。」として、却下した。

【事例4】 大阪高裁昭和六三年一〇月二七日決定・棄却（家月四一巻号一六四頁）

本事案は、前記【事例3】の即時抗告に対する決定である。裁判所は、民法八一七条の六但書に該当する事由があるか否かの判断につき、母としては、「（事件本人）が現在抗告人と夫婦に可愛いがられているので普通養子を解消するまでの気持はないが、お腹を痛めた我が子と縁を切るとはとてもできないとの気持である。」とし、続けて、母が「夫との婚姻破綻につき主たる有責性があり、子供を置いて家出をしたことは、その時点における子供に対する愛情を疑わしめるものがあるが、その後の行動より判断すれば、母に子供に対する愛情のかけらさえないとまで断ずることはできないし、現時点において（事件本人）を悪意で遺棄しているものとも認め難た」く、また、その不同意にも、「肉親の情として止むを得ないものがあり、これをもって権利の濫用ということはできない。」として、抗告を棄却している。

この八一七条の六但書の同意不要事由の解釈、すなわち、具体的にどのような場合に同意を要しないものとするかは、親子関係の断絶効果をもたらすものだけに、裁判所としても判定困難な問題の一つとなっている。<sup>(31)</sup> 慎重な判断を必要とするが、かといって臆病になりすぎでは、せっかくの特別養子制度の趣旨が実際上生かされない。【事例3Ⅱ4】は、その消極に解した一事例であり、今後の審判例の集積が待たれる。

### (3) 要保護性・縁組の必要性（八一七条の七）

特別養子縁組は、父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させるものとする（八一七条の七）。特別養子縁組の対象となる子を、必ずしも孤児、棄児、非嫡出子等に限定するものではないが、抽象的に子についての要保護性および縁組の必要性という概念枠組を用いて、縁組の成立をかなり厳しく絞っている。

この点をめぐって審議されている審判例は、すべて既になされている普通養子縁組の特別養子縁組への転換を求める事例であり、その多くはいわゆる連れ子養子の事例であるのが特徴である。

まず、事例【5・6・7】は、認容例である。

【事例5】 横浜家裁昭和六三年三月一日審判・認容（家月四〇巻七号一八一頁）

申立人は里親登録を経たうえ、児童相談所の斡旋を得て、棄児である事件本人（養子となる者）を一歳ころから引き取り、その後、昭和五七年三月五日普通養子縁組をして六年間にわたり監護養育してきた事案である。「事件本人の実父母は氏名、所在ともに不明であって、法律上の親子関係を存続させることに何ら実益はなく、……申立人らと事件本人との間に特別養子縁組を成立させ、法律上も申立人らを同事件本人の唯一の親とすることは、両者の関係により安定、強固なものとする事となり、同事件本人にとって大きな利益をもたらすものと考えられるのであって、本件については特別養子縁組の成立を認めるのが相当である」。なお、申立人らは既に事件本人を普通養子としていることについては、「その養子縁組がなされた当時特別養子の制度が存在していたとするならば、本件では特別養子縁組が選択されたであろうと推測されるのであって、このような場合、普通養子を更に特別養子とすることは、特別養子の制度を創設した法の趣旨に反しないものと解すべきである」点を確認している。



【事例6】 横浜家裁昭和六三年四月一五日審判・認容（家月四〇卷八号九四頁）

本事案も、里親登録をしたうえ、事件本人（養子となる者）を里子として引き取り、その後、普通養子縁組（昭和六一年一月二日）をして監護養育してきたが、特別養子制度の施行を待って縁組の転換を申立てた事案である。養子となる者は、母が一七歳当時見知らぬ男に姦淫され妊娠し、中絶できぬまま出生した非嫡出子である。父は不明であり、母もその出産当初から養育する意思なく、本件特別養子縁組に同意している。以上の認定事実によれば、申立人ら、事件本人についても縁組の障害になる事由なく、「母による事件本人の監護は、申立人らと事件本人が普通養子縁組をした当時は著しく困難であったということができ、もし、その当時特別養子縁組制度があったならば……容易に認容されたであろうといえることができる」。そして、申立人らが普通養子縁組をした当時は、特別養子縁組制度がなく、選択の余地がなかったことを考慮すると、「その普通養子縁組をした当時に既に民法八一七条の二の要件を充足し、上記改正民法の施行後、遅滞なく、さらに同じ当事者間で特別養子縁組申立てがあった場合は、現在においても同条の要件を充足しているものと解するのが相当である」。

【事例7】 東京家裁八王子支部昭和六三年八月一二日審判・認容（家月四一卷三号一七七頁）

民法等一部改正する法律施行前に、児童相談所の里親委託を受け、双生児たる事件本人らを引き取り、かつ普通養子縁組をなし（昭和六二年一月一七日）、改正法施行後に特別養子縁組成立審判の申立てをした事案である。実母は、一六歳で本事件本人らを婚姻外で出産し、経済的に困窮し、乳児院に預けたものであり、本件特別養子縁組についても同意している。本事件本人らは非嫡出子であって、血縁上の父と目される者からは認知されていない。以上の認定事実から、民法八一七条の三から八一七条の七までの要件をすべて充足しているとして特別養子縁組の成立を相当とした。

なお、同審判は民法八一七条の七に規定する要件の該当性について付言し、「昭和六三年一月一日から施行された改正法（昭和六二年法律第一〇一号）施行前に普通養子縁組をした夫婦については、当時、特別養子縁組を担当する事情があっても、これを選択することが不可能であったのであるから、改正法施行後にさらに特別養子縁組をしようとする場合には、普通養子縁組を経ずに特別養子縁組をする場合と同様に取り扱うのが立法の精神に合致するもの」と解されるから、普通養子縁組当時及び現時点において、実親との関係で民法八一七条の七の『父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であること』という要件を満たしているのであれば、同規定の『特別の事情がある場合』に該当するものと認め、特別養子に切り換えることも許容されるといふべきである。」と判示し、少なくとも、新制度導入の過渡期にあって、改正法施行前になされた普通養子縁組の特別養子制度への転換を求める事案について、民法八一七条の七の解釈の指針を示すものとして注目される。

次に、同様に民法八一七条の七の判断において、「父母による監護が著しく困難又は不適當」な事由および「特別の事情」は見い出せないとして、申立てを却下した事例である。

【事例8】 奈良家裁宇陀支部昭和六三年三月二五日審判・却下（家月四〇卷七号一八八頁）

申立人（養母となる者）の妹夫婦の子（事件本人）を生後一週間目で引き取り、その後、普通養子縁組（昭和五八年一月二七日）をして四年間実子同様に監護養育してきた事案において、特別養子制度の目的は「父母による適切な監護養育を期待することが不可能ないしは殆んど不可能のゆえに、父母との関係を終了させてでも第三者による監護養育を必要とせざるをえない低年齢未成年者の健全な育成を図る」ことにあるとし、その制度の趣旨からして、民

法八一七条の七所定の「著しく困難」な場合とは、父母に監護意思があっても、貧困や正常家庭の欠如のため、子の監護能力に欠け、そのため、子の適切な監護を殆んど期待できない場合をいい、「著しく不適当」な場合とは、父母に監護能力があっても、子への愛情に欠け、子を虐待する等、監護方法の適切さを著しく欠く場合をいい、『特別の事情』とは、上記に準ずるような事情、すなわち、父母との関係を終了させることが、専ら子の健全な育成を図るうえで利益となるような事情をいう、と解するのが相当」としつつ、本件を検討するに、「実父母には未成年者を監護する能力が十分に備わっており、また実父母の未成年者に対する愛情に欠けるところはなく」、「著しく困難又は不適当」な事由は存在しないし、更に、「未成年者を、実子同様の特別養子として未成年者との絆を深め、併せて、『養子』の名称を戸籍から除くことにより、第三者から好奇の目で見られることを防止したい」との申立人ら及び実父母の本件申立ての動機及び理由を考慮しても、「特別の事情」を見出せないとして、申立てを却下した。

以下、【事例9】ないし【事例15】は、普通養子縁組から特別養子縁組への転換を求める申立て類型であると同時に、養子となる者が申立人夫婦の一方の「連れ子」たる要素が、「要保護性」の解釈をめぐって問題となった事例であり、いずれも却下されている。

【事例9】 名古屋家裁昭和六三年四月一五日審判・却下（家月四〇卷八号九七頁）

申立人夫婦が再婚するに際し、妻の連れ子（前夫との間の嫡出子）との間で普通養子縁組がなされている夫からの特別養子縁組の申立てにつき、実父母の同意など形式的要件は充足しているものの、「申立人の妻である事件本人の母は特別養子縁組ののち引続き特別養子となる事件本人を監護すべきこととなるから、民法第八一七条の七に定める『父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適当である』場合にあたるとはいえ」ず、また、その他の「特

別の事情」があるとも認め難いとして、申立てを却下した。

【事例10】 名古屋家裁昭和六三年九月一日審判・却下（家月四一卷一号一二五頁）

申立人は昭和六二年五月一〇日婚姻するに際し、同時に妻の嫡出子たる実子（連れ子）と普通養子縁組をして実子同様に監護養育して現在に至っている夫がなした特別養子縁組申立て事件である。しかし、特別養子制度の趣旨からすれば、養子の要保護性および実方の父母との親子関係の終了を特に必要とする特別の事情の存在も認めえない（実父は既に他界している）として、申立てを却下した。

【事例11】 名古屋高裁昭和六三年一月九日決定・棄却（家月四一卷一号一二二頁）

本決定は、前記【事例10】の即時抗告に対する決定であるが、抗告を棄却した。「民法八一七条の三第二項但書によれば、本件のように夫婦の一方がその配偶者の嫡出子である実子を特別養子とすることも可能であるが、特別養子制度はもっぱら子の利益を図るためのものであり、従って子の利益のために必要があるとき認められるとき、いわゆる要保護性の存するときと同縁組を成立させるべきものである。」とした上、実父が既に死亡していることから、実親子関係の終了を特に必要とする事情については考慮を払う必要はないし、また、抗告人及び実母が本件特別養子の成立を強く望んでいることを考慮しても、養子となる者に対する要保護性が認められない以上、本件申立てを肯認することとは困難であると判示している。

【事例12】 大阪家裁昭和六三年九月一九日審判・却下（家月四一卷三号一七三頁）

本件もまた、申立人が婚姻する際に、妻の嫡出子たる実子（連れ子）との間で普通養子縁組をしている夫が申立てた特別養子縁組への転換を求める事案である。民法八一七条の七に定める要保護性、縁組の必要性に関する判断につ



き、「事件本人は実母及び養親のもとにあって十分な養育監護を受けており、本件特別養子縁組が成立することにより、その保護状況が飛躍的に好転するものではないし、他方事件本人と父との身分関係の存続が、事件本人の養育監護に重大な障害となるものでないこと」を明らかにした上で、本件申立ては、民法八一七条の七の要件たる事実がないことから、これを却下した。

【事例13】 大阪高裁昭和六三年一月一〇日決定・棄却（家月四一卷三号一七二頁）

本決定は、前記【事例12】の即時抗告申立ての決定であり、特別養子縁組の申立てを却下した原審判を全く同様な理由から維持している。

【事例14】 大阪家裁昭和六三年九月二十九日審判・却下（家月四一卷三号一七六頁）

申立人が婚姻するに際し、妻の非嫡出子たる実子（連れ子）との間に普通養子縁組をしている夫が申立てた特別養子縁組事件について判断するに、事件本人にとって養父及び実母の共同親権に服し、その監護下にある現在の監護養育状態が適切であり、また実父が前記状態を乱すような事情も認められず、同人との親子関係の終了を特に必要とする特別の事情があるというとはできないとして、縁組申立てを却下している。

【事例15】 大阪高裁昭和六三年一月一八日決定・棄却（家月四一卷三号一七四頁）

本決定は、前記【事例14】の即時抗告に対するものであり、民法八一七条の七に規定する要保護性が認められないとして申立てを却下した原審判を維持し、「抗告人らは、事件本人を抗告人の実子として今後一生涯共に生活していくため特別養子縁組を成立させたいと主張するが、同抗告人はすでに事件本人を養子とし、慈んで養育し共に生活しているのであって、本件の場合、事件本人の健全な育成をはかり、確固たる親子関係を形成するについて普通養子で

は不十分であるとの事情は認められない。」としている。

註(26) 「昭和六三年一〜六月分家事特別養子縁組事件の集計結果速報」裁判所時報九九〇号（昭六三・一一・一五）、木村要「特別養子」法セミ四一〇号四八頁、座談会「特別養子制度を巡って」ケース研究二二五号四三頁参照。

(27) 木村・前掲論文四九頁、前掲座談会（松原正明判事発言）四二頁参照。

(28) 「養子制度の改正に関する中間議案」（法務省民事局・昭和六〇年十一月）第一―四―2縁組の斡旋手続の前置「縁組の申立てをするには、一定の親族間の縁組の申立てをする場合を除き、児童相談所における縁組の斡旋手続を経るものとする。」しかし、縁組の相当性という実体的司法判断を行政機関や民間機関の裁量判断によって制限することが妥当でないこと、縁組に関する当事者の実体法上及び手続法上の権利がそうした機関の判断によって左右されることは妥当でなく、また不当な取扱いについても適切な救済方法がないこと等から、形式的要件とはされなかった（細川清「民法及び家事審判法の解説」最高裁事務総局編『養子制度の改正に関する執務資料』五六頁、石川稔「改正養子法（案）の解説(上)」法学教室八一号八七頁参照）。なお、斡旋機関としては、現実には児童相談所のほか、厚生大臣から認可を受けている民間団体として、家庭養護促進協会、日本国際社会事業団（I・S・S）があり、その他二、三の団体が認可申請中といわれる（前掲座談会・ケース研究二一五頁六八頁）。

(29) この点は、現に家庭裁判所の実務当事者からの実感としても指摘されている（前掲座談会・寺戸由紀子調査官発言・ケース研究二一五号四四頁）。

(30) 特別養子縁組に関する審判例・決定例として公表されたものは、筆者の知る限り、改正法施行後、今日まで、家庭裁判所月報（四〇巻七号以降）に掲載された一七例（うち、四例は即時抗告に対する決定例として、事例が重複する）がある。本稿では、このうち涉外事件である二例——京都家裁昭和六三年六月九日審判・認可（家月四〇巻一二号三五頁）、京都家裁昭和六三年六月二十八日審判・認可（家月四〇巻一二号四四頁）を除く、一五例を対象とする。なお、家庭局「家庭裁判所事件の概況―家事事件―」家裁月報四一卷二七号六七頁以下参照。

(31) 石川・前掲論文(上)法学教室八一号八七頁、山本・前掲論文・岡山商大論叢二四巻三号一三四頁参照。また、立法過程でみれば、特別養子制度の実務の現状と展望（高橋）

る政府委員（千種秀夫）答弁については、昭和六二年九月三日参議院法務委員会・会議録四号一〇頁参照。

#### 四 要保護性・縁組の必要性（民法八一七条の七）をめぐる諸問題

社会的にも大きな期待と興味をもたれて動き出した特別養子縁組制度につき、前項の考察から創設まもない実態の一端をみる事ができたが、そこでの制度の運用上、最も問題となっているのは、民法八一七条の七に定める、子の要保護性・縁組の必要性という制度の性格を左右する要件の解釈、具体的対応である。特に、具体的に問題となる申立て類型としては、(一)普通養子の特別養子への転換、および(二)配偶者の連れ子特別養子縁組の成否である。

かかる問題は、立法段階においても予想され、既に議論されていたし、また、申立ての実情の関係でも、かつ実際の審判例の中でも、相当のウェイトをもって議論されてきたところである。ここでは、今後の制度の適格な運用に向けて、解釈論的視点から、整理・検討をしておきたい。

##### (一) 民法八一七条の七の基本的構造

民法八一七条の七は、「特別養子縁組は、父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させるものとする。」と規定する。本規定は、特別養子縁組の実質的成立要件を定めたものであるが、同時に特別養子制度の目的が専ら子の利益に資するものであることを明らかにして、最終的に家庭裁判所に委ねられた裁量の判断基準を定めるものとなっている。立法過程においても議論されたところであり、結局、断絶効を認め、原則的に離縁を認めない特別養子の普通養子との区別を明確にすることの必要性、さらに児童相談所等の業務との関連（児童相談所の関与を根拠付ける

ためには、児童福祉法二五条にあてはまる要保護児童たることが必要）、その他、安易な連れ子養子の歯止めのため、この要保護要件が定められたものと言われる。

そして、構造的には、前段の「父母による養子となる者の監護が著しく困難または不相当であること」、「その他特別の事情があること」の要件（養子となる子の要保護性）は、主として子とその父母との養育関係につき、さらに後段の「子の利益のため特に必要があると認められるとき」は特別養子縁組の成立が子に及ぼす影響（実方親族との断絶効果）を考慮して（縁組の必要性）、重疊的に要件化されている。そして、前者、養子となる者の要保護要件の存在が、後者、特別養子縁組の必要性・相当性の判断の前提となるものと解される。

要保護性の解釈については、「父母による監護の著しい困難又は不相当であること」とは、普通養子縁組ではなく、特別養子縁組を成立させ、父母およびその親族との関係を終了させることが相当である「特別の事情」の例示であり、「その他特別の事情」とは、「父母による監護の著しい困難又は不相当」以外の事情で、断絶効果を発生させることが子の利益のために相当であると考えられる事情と解するのが合目的である。<sup>(32)</sup>特に、「その他特別の事情」の解釈については、特別養子こそが子の福祉にとって望ましいとの立場から、普通養子で許可されるような事案ならあまり厳格に言わずに弾力的にこの要件を考えるべきであるとする見解（特別養子原則論）もあるが、普通養子との選択的二本立ての現行養子制度の下で、かつ「特に必要と認める場合」という絞りかけた文言を前提とする限り、その理念的評価は別として解釈論としては限界を超えるものと言わねばならない。<sup>(34)</sup>また、これを「監護の困難性・不相当性に準ずるような事情」、すなわち父母の側のマイナス要因を含む事情と限定的に解する見解も、狭きに失し、具体的事案の対応において柔軟性を欠くものと思われる。結局、家庭裁判所に課せられた後見的視点から、特別養子となる子



の眞の幸福と最上の利益の実現に向けて、審判例や判例の形成が望まれるところである。以下、特に具体的に問題となる普通養子の特別養子への転換事案、連れ子特別養子の事案に則して、考察する。

## (二) 普通養子の特別養子への転換

既に普通養子になっている者について、同一縁組当事者間において、特別養子への転換を求める類型の特別養子縁組の申立ては、特別養子制度の創設に際し、経過的なものとしてかなりの数にのぼることが予想されていたし、現実にも先にみた通りである。また、理論的にも、民法八一七条の三第二項が例外的に単独縁組を認める連れ子から、明文をもって普通養子を除外していることからみても、民法が養親となる夫婦の一方又は双方の普通養子をして特別養子にすることを禁止していないこと、明らかである。したがって、この問題は、養子法改正時の経過的問題にとどまらず、特別養子縁組成立への一般的過程において生ずる余地のある問題でもある。

この際、民法八一七条の七の要保護要件の判断基準については、理論的には現在の監護状況を基準に考えるべきであり、既に普通養子縁組を経て現在養親の下で監護養育されている以上、要保護性は原則として認められず、転換事例の問題は「その他特別の事情」の解釈の中で認容されうるか否かの問題となる。

まず、これまでの実態にみられた、改正前になされている普通養子を特別養子に転換する事案については、少なくとも当分の間は過渡的問題と把え、経過措置的配慮が必要と思われる。

この点についての審判例は、特別養子縁組時における、養親との監護養育状態を基準として判断して申立てを却下した【事例8】がみられる一方、特別養子縁組の申立てに先行する普通養子縁組当時の事情が、本条の要保護要件を充足していたことをもって申立てを認容した【事例5・6】もあり、その取り扱いには定着をみていない。また、改正

法施行前になした普通養子縁組は、当時特別養子縁組を相当とする事情があってもこれを選択することが不可能であった点を考慮し、経過的措施として、普通養子縁組を経ずに現時点で全く新しく特別養子縁組をする場合と同様に取扱うのが立法の精神に合致すると解する見解<sup>(36)</sup>、あるいは普通養子縁組当時、特別養子縁組を相当とする事情がありながら、改正法施行前であったという事情に加え、現時点においても実父母による監護が著しく困難または不適当であるという事由が存する場合には、「その他特別の事情」があるものとして特別養子への転換を認める見解<sup>(37)</sup>がみられ、近時、後説によって申立てを認容した審判例も出されている【事例7】。

いずれにせよ、制度発足後間もない現段階では、改正法施行前に普通養子縁組をしたものの転換事例については、普通養子縁組を経ている一事をもって一切特別養子への転換を認めないのは相当でなく、少なくとも経過措置的対応はやむを得ないと思われる。ただ、その場合にも、普通養子縁組当時、実父母による監護が著しく困難又は不適当という事由があり特別養子縁組を相当する要件を充足していたことに加え、現時点においても、実父母との親子関係を終了させるべき必要性・相当性が存続していることが必要であると解する。

これに対し、普通養子の特別養子への転換の申立てが、民法改正の経過的なものにとどまらず今後一般的問題として、すなわち、改正法施行後における特別養子縁組成立への一般的過程においても生じうる。養親と養子との適合性をよりの確に判断するために、特別養子縁組を成立させるために試験養育の手続（民法八一七条の八）が不可欠とされておき、特別養子縁組の前にその試験的縁組として普通養子縁組を行い、両当事者の適合性を測ってみることは、子の利益のための特別養子縁組の目的に合致こそすれ、反するものではないとも考えられるからである<sup>(38)</sup>。

しかし、一般論として普通養子をいわば試験養育的に利用することを認める、普通養子から特別養子への転換を容

認することは問題である。第一に、普通養子を養親子関係の安定や子の福祉の面で特別養子に劣るものと位置づける理解に結びつき、現行法のように二つの縁組制度を独立に並存させた法制度下においては、妥当な位置づけとは思われない。

さらに、普通養子縁組とともに特別養子縁組の選択も可能な前提において、普通養子縁組をしているということは、その時点において、特別養子縁組の成立要件が充足されていなかったか、あるいは当事者の意思が特別養子縁組に向けられていなかったことを意味する。また、理論的にも、特別養子縁組申立て時においては、養親としての適格性をもつ者が監護養育を続けているわけであり、特別養子への転換によってもその監護状況を必ずしも向上させるものではないから、原則的には、八一七条の七の要保護性・縁組の必要性を充足しないことになろう。したがって、先行していた普通養子縁組後において、実父母による不当な干渉などのために養親による監護が困難となるなど、実父母との親子関係を断絶させ、戸籍上の特別措置をとるべき新たな事情（「その他特別の事情」の存在）が生じた場合でなければ、要保護性の要件を満さないと解すべきである。<sup>(39)</sup> こうした類型の縁組申立て事案に対する審判例は、いまだ見出しえないが関心の持たれるところである。

### (三) 連れ子特別養子

特別養子縁組申立事件の処理上、民法八一七条の七に定める要保護性・縁組の必要性に関する解釈・運用をめぐって問題となる申立て類型に、前述の普通養子の特別養子への転換事例とならんで、またはそれと重複する形で、再婚等に際し連れ子を配偶者の特別養子とする申立がある。

夫婦の一方がその配偶者の実子（連れ子）を特別養子とする、いわゆる連れ子の特別養子は、法律上、理論的に全く排除されているわけではない。民法八一七条の三第二項において夫婦共同縁組の例外として、「夫婦の一方が他の一方の嫡出である子（特別養子縁組以外の縁組による養子を除く。）の養親となる場合」を規定し、また、同八一七条の九但書において特別養子縁組の成立によっても、父母のうち養親となる者の配偶者及びその血族との親族関係は終了しないと規定していることからしても明らかである。<sup>(40)</sup> しかし、この申立て類型については、立法過程の段階でも相当議論され、種々の問題があることが指摘されている。<sup>(41)</sup> 同八一七条の七の要保護要件もまた、この連れ子養子の場合をも念頭に規定されているといわれている。

同条をめぐる解釈論的問題として、まず、連れ子養子形態は、連れ子をしている者が特別養子をしようとする者と婚姻し同居生活をするわけであるから、連れ子をしている配偶者（実父母の一方）は、縁組の前後を通して監護すべきことになり、養子となる者の監護状態に変更がないことになるから、原則として、八一七条の七前段の要保護要件を充足しないことになる。例外的に、連れ子をしなない方の実親が不当な干渉をしてくるなど、実父母の他の一方との親子関係の断絶を特に必要とする「その他特別の事情」のある場合に、成立の余地を残しており、どこまで許容解釈できるかということになろう。

この点についての審判例・決定（【事例9】<sup>(42)</sup>）は、いずれも連れ子につき、本件特別養子縁組申立てに先立って普通通子となっている事例ではあるが、要保護性を欠き、特別の事情の判断においても消極に解し、却下している。特に、【事例14】<sup>(43)</sup> は、養子となる者が申立人の配偶者（妻）の非嫡出子である場合についても、特別の事情を認めていない。実務的には、連れ子特別養子については非常に厳格に解していることがうかがえる。学説中には、配偶者でない実父母側に何等マイナス要因が無い場合にも、「子の利益のために必要がある」と強く認められる場合には、



成立審判をするに差し支えないとする見解もみられるが、<sup>(42)</sup>民法八一七条の七の基本構造からは、前段の要保護性(「その他特別の事情」の判断をも含む)がない場合、後段の縁組の必要性が強調されても、縁組成立を認めないと解すべきである。

また、実質的にみても、連れ子養子縁組が安易に申立てられる傾向は問題がある。現実には、離婚に際し子の親権者となった母が再婚と同時に、その配偶者を養親とし、連れ子との間に特別養子縁組を申立てる例が多い。そこでは、結婚した相手方に対する思いやり(愛の証として)、あるいは子の氏の変更に関する裁判所の許可手続を回避するためなどが直接の動機となっている申立ても少なくない。つまり、連れ子養子の縁組申立ての多くは、こうした親の側の恣意的な目的、そうでなくとも親子関係の形成に向けられた縁組意思が二次的である場合がみられ、専ら子の福祉を目的とする特別養子制度の趣旨にそぐわないとも言える。また、妻が離婚時に親権者となって再婚時に連れ子する例が多いが、その場合の妻が親権者となるのは乳幼児であることを考慮して母親がより適当であるとして親権者となる場合が多いにすぎず、必ずしも父親が親権者・監護者として不相当というわけではない。したがって、父との親子関係を断絶する特別養子ということになると、この同意をめぐる離婚紛争がむしろ返され、子の立場を害することが危惧される。また、同意が得られたとしても、要保護要件を充足せず、むしろ父との親子関係を残しておいた方が相続権など子の利益になる場合も多いとも考えられる。<sup>(43)</sup>

そして、この最大の問題性は、連れ子を特別養子とした夫婦が離婚した場合に実質的問題として表面化してくる。連れ子養子縁組が親の婚姻と密接不可分に位置づけられながら、その解消については全く別個の手続で、しかも親の離婚が容易であるのに対し、養子の離縁は原則的に否定されることのギャップから、後に複雑な紛争を生じさせる。

特に、配偶者に対する愛の証としてなされた連れ子養子縁組の場合には、養子に対する愛情は婚姻関係が前提となっている場合が多く、婚姻の破綻・離婚によって親子関係の実質をも喪失してしまうことになり、当該養子は実質的に実父・養父・両方の父を失うことにもなりかねない。そうでなくても、法的には離婚により夫婦でなくなった者との間で養親子関係と実親族関係が併存することになり、特別養子縁組が予定しない複雑な問題が生ずることになると思われる。<sup>(44)</sup>

したがって、この連れ子の特別養子縁組については、全面的に排斥する姿勢は適当でないにしても、指摘されている問題性を十分考慮しつつ、八一七条の七所定の特別の事情および縁組の必要性(子の利益性)の有無を判断されるべきである。具体的には、他方実父母からの不当な干渉や養育妨害があり、その結果として養親となる者及びその配偶者たる実親による監護が困難・不適當なものとなるなどの状況があり、かつ、実親との親子関係を断絶させ、子の福祉の増進を図る必要がある場合に、例外的に特別養子縁組の成立を認めることになる。さらに、この種の特別養子縁組の成立審判にあたっては、加えて親の側の婚姻関係の安定性が重要な要素として考慮されるべきであろう。

註(32) 大森政輔・前掲コンメンタール三三四〇頁参照。山本・前掲論文・岡山商大論叢24卷三号一三二頁も同旨と思われる。

(33) 座談会「特別養子制度を巡って」ケース研究二一五号四八頁(大津発言)。

(34) 同旨、同座談会(米倉発言)四九頁。

(35) 細川清「養子法の改正」民事月報四二卷九号五九頁、同旨・原田晃治「特別養子制度について」ケース研究二一六号九八頁。これに対し、山本正憲教授は、「……に準ずるような事情」と狭く解する必要はなく、より広い立場から総ての事情を考慮してその存否を判断すべきとし、規定の文言が「其の他の特別の事情」でなく「其の他特別の事情」とされているのも

その意味であるとされる(山本・前掲論文一三二頁)。

- (36) 細川・前掲解説五一頁、土屋・前掲論文判例タイムズ六四八号一三頁参照。
- (37) 最高裁家庭局「改正家事審判規則の解説」家裁月報二九卷一二号一五頁参照。
- (38) 大森・前掲コンメンタール三三四三頁参照。
- (39) 細川・前掲解説五一頁参照。
- (40) 大森・前掲コンメンタール三三四一頁。
- (41) 細川・前掲論文民事月報四二卷九号五八頁、前掲座談会(細川発言)六〇頁、土屋文昭「養子法の改正について」判例タイムズ六四八号一三頁、米倉明「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか」ジュリスト八九六号九〇頁参照。
- (42) 山本・前掲論文一三二頁。
- (43) 前掲座談会六一頁。実際の実務の実感として、宗方裁判官によって指摘されており、参照。
- (44) 細川・前掲解説五〇頁、土屋・前掲論文一三頁、米倉・前掲論文(下)九〇頁参照。なお、大森・前掲コンメンタール(三三四二頁)は、これと同様に夫婦共同縁組の原則に反する事態は、一般的な特別養親夫婦が離婚した場合にも生じ、離婚制度を前提とする限りやむを得ないものであり、これをもって一般的に連れ子の特別養子縁組を否定する理由にはならない旨を主張される。

## 五 むすび

特別養子制度は、わが国養子法の歴史において、画期的意義をもつものとして評価・期待されて登場した。家族法全体においても、親子というものの考え方そのものに大きな影響を及ぼすことになる。特別養子制度は、養親子関係を唯一の親子関係とし、その間に親子一体感(親子の心理的安定)を与えることによって養育のより一層の成果をあげ、子の福祉、最大の利益に資することを目的とするものであることを、再度確認しておきたい。

考察のように、今日、その制度運用の実態は、いまだ創設直後の過渡的、経過的問題状況を示すものであるが、この特別養子制度に対する国民の関心の深さと期待の大きさを伺うことができる。なお、まだ制度趣旨の周知の不徹底からか、本来の制度趣旨にそぐわない軽率な申立てもみられ、制度の定着にはなお時間を要するものと思われる。

しかし、ここにみた立法過程で示された立法趣旨、および具体的審判例に示された解釈の姿勢は、今後の健全な制度運用の基準が構築される叩き台となっていくものとして注目されるべきである。民法八一七条の七の要保護性・縁組の必要性の解釈は、特別養子縁組成立の認否を左右する。「その他特別の事情」およびそれに重ねて要件化されている「子の利益」性(縁組の必要性)の具体的判断が、縁組成立の認否に柔軟性を与えうるものとなっており、家庭裁判所が果すべき、的確かつ慎重な判断に基づく後見的機能が期待されている。

また、かかる判断基準は、特別養子制度に対する社会の、そして時代的請要に対応して変化していくものと思われるが、ここに創設間もない時期における基本的判断基準を確認し、今後の一里塚とすることに意義をもつものと思われる。

**追記** 本稿脱稿後、特別養子縁組成立審判事件の処理に関してなされた、家事事件担当裁判官会同における協議報告、最高裁事務局家庭局「昭和六三年度高等裁判所管内別家事事件担当裁判官会同概要」(家裁月報四一巻八号一頁)が公表され、さらに、平成元年一月一二日、日本家族〈社会と法〉学会が「特別養子制度の現状と課題——児童福祉との接点を求めて——」のテーマで学術大会が開催され、その後の新たな現状報告がなされたことを附記しておく。

特別養子制度の実務の現状と展望(高橋)